

Eficácia Horizontal Dos Direitos E Garantias Fundamentais: Parâmetros Para A Harmonização Da Autonomia Privada E A Dignidade Da Pessoa Humana

Horizontal Effectiveness Of Rights And Fundamental Guarantees: Parameters For The Harmonisation Of Private Autonomy And The Dignity Of The Human Person

Larissa de Paula Gonzaga Castro¹

Letycia Neres de Araujo²

Resumo: A teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais surgiu no Estado Liberal com a finalidade de proteger os cidadãos da atuação exacerbada do Estado Absolutista Monárquico, todavia a violação dos direitos fundamentais não ocorre apenas nas relações entre Estado e o cidadão, mas também no âmbito das relações privadas, tornando-se necessária a aplicação da teoria de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que tais direitos podem incidir nas relações jurídicas eminentemente privadas, apresentando-se contemporaneamente como um tema de estudo imprescindível ao estudante e aplicador do direito, devido à natureza dos interesses em conflito. O presente artigo apresenta uma síntese doutrinária e jurisprudencial da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Palavras-chave: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais; Autonomia privada; Dignidade da pessoa humana; Direito civil constitucional.

Abstract: The theory of vertical effectiveness of fundamental rights appeared in the Liberal State in order to protect the citizens of the heightened role of the State absolutist monarchist, meanwhile the violation of fundamental rights does not only occur in the relationship between state and citizen, but also within private relationships, making necessary the applicability of the so-called horizontal effect theory of fundamental rights, where such rights may concern both eminently private legal relations, being a essential study due to the nature of conflicting interests. This article presents a doctrinal and jurisprudential overview of the application of fundamental rights in private relationships.

Keywords: Horizontal effectiveness of fundamental rights; Private autonomy; Human person dignity; Constitutional civil law.

Introdução

A escolha da temática se deu em virtude da importância e ampliação da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, especificadamente no âmbito contratual, sob a perspectiva da constitucionalização do direito privado (direito civil constitucional).

¹ - Advogada, doutoranda em Direito Público pela Universidad de Sevilla (Espanha), mestre em Direito Internacional pela Universidad de Sevilla (Espanha), especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera, especialista em Saúde Global e Diplomacia em Saúde pela Fiocruz/Ensp; Atua como professora do curso de Direito na pós-graduação, graduação e cursinhos preparatórios; email: prof.larissa@gmail.com

² - Acadêmica do Curso de Direito da PUC Goiás. E-mail: letycianeres@hotmail.com

Dessa maneira, o presente artigo propõe uma reflexão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da análise da constitucionalização do Direito Privado, abordando a reestruturação da teoria contratual contemporânea, com a adoção de princípios de cunho social.

Para compreender a tendência do dirigismo contratual vigente, faz-se necessária a análise do contexto histórico do Estado Liberal, eminentemente individualista, cujos dogmas foram pautados pelos ideais da Revolução Francesa, baseados no minimalismo intervencionista do Estado. Contudo, as inspirações francesas não foram suficientes para suprir as exigências, porquanto se reconheceu que a igualdade e liberdade propostas não eram realmente efetivadas, bem como diante da necessidade de proteção formal do Estado face aos cidadãos, notadamente em termos de redução das desigualdades materiais.

O artigo está estruturado com uma seção teórica que aborda constitucionalização do Direito Privado através do processo de reestruturação pelo qual as normas civis passaram, trazendo o indivíduo como cerne do ordenamento jurídico, outra com a análise do reflexo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, levando-se em conta o princípio da autonomia privada.

As Gerações E/Ou Dimensões Dos Direitos Fundamentais

As gerações e/ou dimensões dos direitos fundamentais como preferem alguns doutrinadores³ constituem uma abordagem histórica sobre a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, que adveio do ideal revolucionário francês do século XVIII - liberdade, igualdade e fraternidade - inspirando o conteúdo dos direitos fundamentais.

Com efeito, as liberdades fundamentais foram consagradas progressiva e sequencialmente nos textos constitucionais, uma vez que não surgiram simultaneamente, mas em diversos períodos, conforme a necessidade de cada época. Imprescindível destacar que o surgimento de novas gerações não extingue as anteriores, tendo em vista a coexistência de forma harmônica.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias reconhecem como dimensões as etapas em que os direitos fundamentais se consolidam, dividindo-as em cinco fases.

³ A doutrina majoritária compreende que o termo mais coerente com a evolução dos direitos fundamentais seria a expressão “dimensão”, e não “gerações”, em virtude da impossibilidade de uma dimensão dos direitos “apagarem” a dimensão anterior, uma vez que os direitos se complementam e nunca se excluem. Entretanto, neste artigo serão utilizadas as expressões gerações e dimensões como sinônimas, tendo em vista que diversos constitucionalistas adotam essa forma.

A primeira geração de direitos fundamentais foi positivada, em grande parte dos Estados, a partir do final do século XVII, notadamente após as Revoluções inglesa, americana e francesa, que buscavam maior liberdade através da limitação da atuação do Estado frente ao cidadão. Nessa fase, buscaram-se as denominadas prestações negativas, as quais geravam para o Estado limites predominantemente abstencionistas, com vistas à preservação dos direitos civis e políticos como direito à vida, à propriedade, à liberdade de locomoção, expressão, religião, associação, dentre outras. Contudo, o estado liberal acabou por acentuar as desigualdades materiais, demandando no Estado uma nova intervenção, buscando promover o bem estar social.

Os direitos fundamentais de segunda geração advieram após a Primeira Grande Guerra Mundial, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais, para assegurar a proteção do bem-estar e da isonomia, impondo ao Estado também prestações positivas em prol do indivíduo. Nessa fase citam-se, dentre os principais, os direitos relacionados ao trabalho, à saúde, à educação, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e a velhice.

No que se refere à terceira geração dos direitos fundamentais, encontram-se nela protegidos os direitos difusos, a exemplo do direito de solidariedade, fraternidade, meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, dentre outros.

Já os direitos fundamentais de quarta geração nasceram no contexto atual, citando-se os direitos relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, à democracia, à liberdade/direito de informação e ao pluralismo.

Os direitos fundamentais de quinta geração, apresentados por Paulo Bonavides, correspondem à busca da paz mundial, que consoante ensina Uadi Lamêgo Bulos (2014, p. 530): “representa um convite para pensarmos além das balizas ortodoxas, que comumente norteiam o estudo convencional dos direitos humanos”.

Dos Direitos E Garantias Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são tema de grande importância no âmbito da ciência jurídica. A tentativa da literatura especializada de conceituar tal tema é de longa data, devido a sua tamanha complexidade, considerando-se a quantidade de expressões utilizadas para designá-lo tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do

homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, rótulos esses que sofrem diversas críticas por não conseguirem encontrar uma terminologia exaustiva de toda a substância que engendram (UADI LAMEGO BULOS, 2014, p. 525).

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana configuram-se como verdadeiros axiomas dos ordenamentos jurídicos democráticos contemporâneos, nos quais há o reconhecimento de diversos direitos do cidadão em face do Estado, bem como obrigações do Estado em relação ao indivíduo. Tem por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, sem o qual o homem não vive, não convive ou sequer sobrevive. Assim, trata-se das pretensões do indivíduo a partir da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, em determinado momento histórico.

Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB/1988), caso não exijam expressamente sua regulamentação. Tradicionalmente, são aplicados nas relações entre o indivíduo e o Poder Público (eficácia vertical dos direitos fundamentais – relação jurídica hierarquizada).

A teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais encontra delineamento a partir da caracterização do modelo de Estado liberal, em que se consolidou a ideologia de limitação da autoridade estatal, surgindo à concepção de que os direitos subjetivos públicos deveriam ser exercidos somente em face do Estado, que não poderia adentrar na liberdade individual assegurada a cada cidadão. Com isso, não existia nenhum interesse de se estender a eficácia dos direitos públicos às relações privadas, diante da redução ao mínimo da atuação estatal, sendo que a sociedade e o Estado eram regidos por regimes distintos e incomunicáveis, domínios do Direito Público e do Direito Privado.

Contudo, constata-se que o desrespeito à dignidade e direitos, a opressão e a violência contra os indivíduos não advém apenas do Estado, mas também de outros indivíduos ou pessoas jurídicas, no âmbito privado. Assim, faz-se necessária a projeção dos direitos fundamentais a essas relações em que há uma hipotética igualdade jurídica, a qual se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que conforme seu grau de incidência pode ser de forma direta ou indireta.

A Eficácia Horizontal Dos Direitos E Garantias Fundamentais

A teoria da horizontalização dos direitos fundamentais, conhecida também como eficácia externa ou privada dos direitos fundamentais, teoria da eficácia entre particulares,

teoria da eficácia em relação de terceiros, ou, ainda como *Drittwirkung*, surgiu na Alemanha, desenvolvendo-se de 1955 a 1960, como um aprimoramento da *state action* (teoria da ineficácia horizontal) da Suprema Corte Norte-Americana, que negava a possibilidade de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa teoria surgiu em harmonia com os princípios do neoconstitucionalismo, e em oposição à relação entre o Estado e o indivíduo com análise voltada à eficácia de tais liberdades intersubjetivas dentro da esfera privada, por meio da eficácia direta ou imediata.

Flávio Tartuce preleciona acerca da aplicação na nova concepção que possui amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (2008, p. 72):

Hoje, inclusive, está em voga falar em *horizontalização dos direitos* fundamentais, que nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação desses direitos e princípios constitucionais nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata.

(...)

Por certo é que essa *eficácia horizontal* traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas), essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a *eficácia horizontal* seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a valorização da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido é a doutrina de Daniel Sarmento (2010, p. 19):

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.

A doutrina majoritária traz duas concepções da citada teoria, sendo elas: teoria da eficácia horizontal indireta e a teoria da eficácia horizontal direta.

A primeira parte do reconhecimento de um direito geral de liberdade, em que os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos, tendo em vista que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares fere o princípio da autonomia da vontade, cabendo ao legislador, portanto, mediar à regulamentação compatível com os valores constitucionais. Esse modelo de efeitos indiretos é majoritariamente adotado na Alemanha através do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*).

Daniel Sarmiento (2010, p. 222), ressalta que:

Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricionariedade dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais.

A segunda concepção sustenta que a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é possível, independente de qualquer intermediação legislativa, devendo-se aplicar a ponderação entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade, analisando o caso concreto. A doutrina preleciona diversas críticas a essa concepção. Nesse sentido Marcelo Novelino (2012, p. 225), sintetiza as principais críticas:

I) a desfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; II) a ameaça à sobrevivência da autonomia privada, conceito chave do direito civil; e III) a incompatibilidade com os princípios democrático, da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Para evitar o subjetivismo judicial, o casuismo desmedido e, por consequência, a insegurança jurídica, deve haver a preocupação em estabelecer parâmetros específicos de aplicação desses direitos às relações entre particulares para que a liberdade individual não seja subjugada.

Assim, na eficácia indireta ou mediata — os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, em dimensão proibitiva e voltados para o legislador, e positiva voltada para a implementação dos direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas. Já para eficácia direta ou imediata — alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem necessariamente se ter “intermediação legislativa” para a sua concretização.

Robert Alexy apresenta uma terceira teoria, a Teoria Integradora, defendida também por Böckenförde, segundo a qual o ideal é que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações privadas mediante a intermediação legislativa e, excepcionalmente, ponderando princípios no caso concreto, poderiam ser aplicados independente desta intermediação do legislador (2016, p. 515):

Alexy propõe um modelo de três níveis: (i) o dos deveres do Estado, (ii) o dos direitos ante o Estado e (iii) o das relações jurídicas entre particulares. (i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do direito obrigam o Estado a tomá-los

em conta na legislação e na jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o juiz e os Tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Esse direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o Tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata). Na definição de Alexy, a eficácia imediata “[...] consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”.

Ademais, os direitos fundamentais apresentam dimensões subjetivas e objetivas. Na dimensão subjetiva os direitos são analisados sob a perspectiva de titularidade do indivíduo e de uma posição jurídica subjetiva contemplada por uma norma jusfundamental, que pode ter estrutura de princípio ou regra. Para a dimensão objetiva as normas de direitos fundamentais não podem ser consideradas levando-se em conta somente os indivíduos, devendo ser analisada do ponto de vista da comunidade, como valores ou afins, sob uma perspectiva de ação social.

Aplicabilidade Da Eficácia Horizontal

Analisa-se que da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares surgem diversos aspectos a serem analisados, como os possíveis conflitos entre os princípios do direito público e os princípios do direito privado, como o princípio da autonomia da vontade privada e da livre-iniciativa de um lado (arts. 1.º, IV, e 170, caput, CRFB/1988) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1.º, III, CRFB/1988) de outro. Nesse sentido Lenza assevera (2012, p. 966):

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o Poder Público não se discute. Por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia. Agora, por outro lado, será que nas relações privadas deve o princípio da isonomia ser obedecido? Damos um exemplo. Será que, em uma entrevista de emprego (na iniciativa privada), o dono do negócio deverá contratar o melhor candidato? Será que o dono do negócio poderá demitir alguém simplesmente porque não está gostando de sua aparência? É aí que surge o problema. Algumas situações são fáceis de ser resolvidas. Sem dúvida, por exemplo, se um empresário demitir um funcionário em razão de sua “cor”, o Judiciário poderá (ou até “deverá”) reintegrar o funcionário, já que o ato motivador da demissão, além do triste e inaceitável crime

praticado, fere, frontalmente, o princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil e **princípio – matriz** de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88). “original com grifo”.

Sobreleva-se destacar outro ponto tratado pela doutrina que é a aplicação da teoria horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, as quais não há real isonomia entre as partes, ou seja, existe apenas uma desigualdade de fato entre as partes, embora ambos sejam particulares. Nesse aspecto Daniel Sarmento discorre (2010, p. 22):

(...) esta designação objetiva exprimir a circunstância de que os direitos fundamentais não se aplicam apenas às relações verticais de poder, mantidas pelo estado com seus cidadãos, incidindo também sobre as relações entre particulares, situados numa posição de hipotética igual da de jurídica. Sem embargo, a denominação em questão é criticada por diversos autores, que destacam que na maioria dos casos de invocação de direitos fundamentais na esfera privada, a igualdade ou horizontalidade da relação é fictícia, pois o que de fato se desenha é uma relação assimétrica, entre uma parte mais forte e outra em posição de manifesta inferioridade fática.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da eficácia horizontal em diversos julgamentos, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 201.819, de relatoria dos ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes em 11 de outubro de 2005, em que as cláusulas gerais são tratadas como a porta de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas, conforme se verifica:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram

o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, ELLEN GRACIE, STF). “original sem grifo”.

Cita-se ainda, de maneira breve, alguns precedentes em que o Poder Judiciário entendeu razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas:

- 1) No Recurso Extraordinário nº 160.222-8 o STF entendeu que constitui constrangimento ilegal a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie.
- 2) No Recurso Extraordinário nº 158.215-4 a Corte Constitucional verificou estar violado o princípio do devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito à defesa.
- 3) Da mesma forma, no Recurso Extraordinário nº 161.243-6 compreendeu a existência de discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa *Air France*, mesmo diante de atividades idênticas determinando

assim a observância do princípio da isonomia (caso emblemático e muito bem fundamentado, ao qual recomendamos a leitura do acórdão).

- 4) No Recurso Extraordinário nº 175.161-4 entendeu-se que o contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência viola o princípio da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo).
- 5) No Recurso Especial nº 249.321 que trouxe que a cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo viola o princípio da dignidade da pessoa humana.
- 6) No Recurso Extraordinário nº 201.819 dispondo sobre a exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa que viola o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Com isso, verifica-se o reconhecimento da aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas (“eficácia horizontal”), especialmente diante de atividades privadas que com “caráter público”, caso em que se o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais será indispensável a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

A Constitucionalização Do Direito Privado

O direito civil é o ramo mais atingido pela horizontalização dos direitos fundamentais, que provoca uma constitucionalização do Direito Civil, também conhecido como a publicização do Direito Privado, ou até mesmo a privatização do Direito Público, gerando assim grande modificação estrutural no Direito Civil, que passa a se inter-relacionar profundamente com o Direito Constitucional.

As relações existentes entre o direito constitucional e o direito civil foram desde a indiferença e desconexão a uma convivência intensa. A doutrina aponta como marco inicial da posituação a Revolução Francesa, que deu ao direito constitucional uma constituição escrita em 1791 e ao direito civil, o código Civil Napoleônico, de 1804, no qual não existia integração entre os dois ramos.

Luis Roberto Barroso (2009) aponta três fases da aproximação entre o direito constitucional e o direito civil, sendo elas: primeira fase: os mundos apartados; segunda

fase: a publicização do direito privado e a terceira fase: a constitucionalização do direito civil.

Com efeito, há regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos civilistas, como a incidência de princípios (isonomia, solidariedade social, dignidade da pessoa humana, função social do contrato e da propriedade, dentre outros) que refletem de forma direta no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015.

Verifica-se que, o reconhecimento da normatividade e o caráter vinculante dos princípios constitucionais, foram de suma importância para o processo de constitucionalização do Direito Privado, que trouxe mudanças significativas na ordem jurídico-privada através da análise inicial da dignidade da pessoa humana e dos seus valores existenciais, operando-se uma funcionalização dos direitos patrimoniais.

Durante esse processo a proteção do fundamento constitucional "dignidade da pessoa humana" passou também a ser tarefa do Direito Privado, que não se esgota na proteção de direitos subjetivos a comportamentos lesivos aos bens componentes da personalidade humana, tendo ocorrido uma redefinição dos institutos e conceitos das relações privadas que pressupõe a aplicação das normas constitucionais.

Aline de Miranda Valverde Terra (2016, p. 20) assim compreende acerca da constitucionalização do direito civil:

Não foi por outra razão que todo o debate em torno da chamada “constitucionalização” teve início nas trincheiras do direito civil e, ao menos no Brasil, foram os civilistas que defenderam com pioneirismo a aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Pela própria matéria com que lidam (relações entre particulares), os civilistas foram logo forçados a trazer para o terreno dos fatos as normas constitucionais, fazendo-as incidir diretamente sobre os casos concretos. Tal aplicação direta, sobre a qual ainda controvertem os publicistas, consiste em um dos três principais fundamentos da metodologia civil constitucional, que se passa a examinar.

Com isso, a atual codificação privada, no caso da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, deve ser analisada a partir de valores constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade material (substancial) em sentido amplo, que representam grande interação entre o Direito Constitucional-Civil e o sistema das cláusulas gerais, verificando-se assim, um grande processo de constitucionalização do direito civil no Brasil que está avançando de maneira progressiva.

Reflexões Finais

Resta evidente a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que são cláusulas pétreas e protegem o indivíduo nas relações entre particular e Estado ou particular e particular.

Verificam-se argumentos positivos e negativos em relação à Teoria da Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais, do que se conclui uma crescente aplicação da eficácia direta, especialmente nas relações jurídicas com sujeitos de direitos com certo caráter público.

Na utilização dessa teoria verifica-se possível ocorrência de colisão de direitos fundamentais, estando de um lado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e de outro o princípio da autonomia da vontade. Com isso, é imprescindível que o julgador utilize-se da ponderação à luz do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, da harmonização, da máxima efetividade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Além disso, ressalta-se que a aplicação da teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais deve considerar a autonomia privada e o princípio *pacta sunt servanda*, uma vez que estes são à base do direito privado frente ao intervencionismo exacerbado do Estado.

À vista disso, no caso concreto, se não houver lei aplicável ou não for possível à aplicação das cláusulas gerais, o julgador poderá aplicar de forma direta os direitos fundamentais, tendo em vista que diante da previsão legislativa o juiz deve respeitar o ordenamento infraconstitucional, caso contrário poderá aplicar de forma direta os direitos fundamentais, sempre utilizando dos princípios da máxima efetividade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade ou razoabilidade, buscando o verdadeiro sentido de justiça através da inserção destes direitos em relações jurídicas privadas.

Referências

- BARROSO, Luís Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Eficácia Horizontal Dos Direitos E Garantias Fundamentais: Parâmetros Para A Harmonização Da Autonomia Privada E A Dignidade Da Pessoa Humana - Larissa de Paula Gonzaga Castro, Letycia Neres de Araujo

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson; MARCO Cristhian Magnus De. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy*. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134, 509 - 518 – Junho 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria dos Contratos e Contratos em Espécie* – 3. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Método, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde et al. *Direito Civil Constitucional*. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.